대 법 원

제 1 부

판 결

사 건	2015다247325 토지사용승낙
원고, 피상고인	원고
	소송대리인 법무법인 대지
	담당변호사 이건욱 외 5인
피고, 상고인	피고
	소송대리인 법무법인 광장
	담당변호사 송원일 외 2인
원 심 판 결	서울고등법원 2015. 10. 8. 선고 2015나2025707 판결
판 결 선 고	2016. 12. 15.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

직권으로 판단한다.

1. 원심판결 이유와 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 원고는 성남시 분당구 (주소 1 생략) 전 317㎡ 등의 소유자로서 그 지상에 신축한 건물의 급수공사(이하 '이 사건 급수공사'라고 한다)를 위하여 2014. 7. 30. 성남시에 급수공사 시행신청서를 제출하였는데, 성남시는 2014. 8. 5. '이 사건 급수공사를 시행하기 위해서는 피고 소유인 성남시 분당구 (주소 2 생략) 도로 411㎡(이하 '이 사건 도로'라고 한다)를 경유하여야 하며 타인의 토지에 수도관 등을 설치할 경우 「성남시 수도급수 조례」 제6조 제4항 및 「성남시 수도급수 조례 시행규칙」 제2조 제1항에 따라 토지소유자의 토지사용승낙서를 첨부해야 한다.'는 회신을 하였다.

나. 「성남시 수도급수 조례」 제6조 제4항은 '시장은 급수신청에 있어서 필요하다고 판단될 경우에는 이해관계인의 동의서를 제출하게 할 수 있다.'고 규정하고 있고, 「성남시 수도급수 조례 시행규칙」 제2조 제1항은 '성남시 수도급수 조례 제6조 제1항에 따라 급수공사를 신청하고자 하는 사람은 별지 제1호 서식의 급수공사 신청서를 성남시장에게 제출하여야 한다. 다만 타인의 토지 또는 건물에 설치하고자 하는 경우에는 토지 또는 건물소유자의 승낙서를 첨부하여야 한다.'고 규정하고 있으며, 위 회신을 통하여 성남시가 제출을 요구한 토지사용승낙서 서식에는 '이 사건 도로는 본인 소유 토지로서 성남시 분당구 (주소 1 생략) 상수도 공급을 위한 관로매설공사(계량기 포함)에 편입되어 (원고)에게 사용함을 승낙하며' 등의 문구가 기재되어 있다.

다. 원고는 성남시에 피고의 토지사용승낙서를 제출하지 못하였고, 성남시는 2014. 8. 12. 원고의 이 사건 급수공사 신청을 반려하였다.

라. 이에 원고는 피고를 상대로 민법 제218조의 수도 등 시설권에 근거하여 '피고는 원고가 이 사건 도로 지하에 시공하고자 하는 수도, 하수 및 오수, 통신, 가스관, 전선 시설공사를 위하여 이 사건 도로 중 원심 판시의 이 사건 사용부분에 대하여 사용승낙

의 의사표시를 하라.'는 이 사건 소를 제기하였다. 이에 대하여 원심은, 이 사건 소가 적법하다는 전제 아래, 원고는 민법 제218조 제1항에 따라 이 사건 도로 중 이 사건 사용부분에 관하여 위와 같은 시설공사를 시행할 시설권을 가지고 있고, 성남시가 원고에게 이 사건 급수공사 실시의 전제조건으로 이 사건 도로에 관한 토지사용승낙서의 제출을 요구하고 있는 사정을 감안해 보면 원고의 시설권 행사를 보장하기 위하여 피고에게는 이 사건 도로 중 이 사건 사용부분에 대한 사용승낙의 의사표시를 할 의무가 있다고 판단하여, 원고의 청구를 인용하였다.

2. 그러나 이 사건 소가 적법하다는 원심의 판단은 다음과 같은 이유에서 그대로 수긍하기 어렵다.

민법 제218조 제1항 본문은 '토지 소유자는 타인의 토지를 통과하지 아니하면 필요한 수도, 소수(疏水)관, 까스관, 전선 등을 시설할 수 없거나 과다한 비용을 요하는 경우에는 타인의 토지를 통과하여 이를 시설할 수 있다.'고 규정하고 있는데, 이와 같은 수도 등 시설권은 법정의 요건을 갖추면 당연히 인정되는 것이고, 그 시설권에 근거하여 수도 등 시설공사를 시행하기 위해 따로 수도 등이 통과하는 토지 소유자의 동의나 승낙을 받아야 하는 것이 아니다. 따라서 이러한 토지 소유자의 동의나 승낙은 민법 제218조에 기초한 수도 등 시설권의 성립이나 효력 등에 어떠한 영향을 미치는 법률행위나 준법률행위라고 볼 수 없다.

한편 「성남시 수도급수 조례」에서 급수공사 신청 시 필요하다고 판단될 경우 이해관계인의 동의서를 제출하게 할 수 있다고 한 것은, 급수공사 신청인이 아닌 타인 소유 토지에 급수공사를 시행할 경우에 발생할 수 있는 분쟁을 사전에 예방하고 성남시가 신청인의 사용권한에 근거하여 타인 소유 토지에 급수공사를 원활하게 시행하고자 하

는 목적에서 신청인에게 해당 토지에 대한 사용권한이 있는지를 확인하기 위하여 증명자료의 하나로서 그 토지 소유자의 급수공사에 대한 동의 내지 승낙의 뜻이 표시된 서류의 제출을 요구할 수 있다는 취지라고 보아야 하고, 급수공사 신청인이 다른 자료에 의하여 해당 토지의 사용권한이 있음을 증명하였음에도 급수공사를 승인하기 위해서는 예외 없이 토지사용승낙서의 제출이 필요한 것이라고 볼 수는 없다.

그렇다면 민법 제218조에 근거하여 수도 등 시설권이 있음을 주장하면서 해당 토지의 소유자를 상대로 '수도 등 시설공사에 필요한 토지 사용을 승낙한다.'는 진술을 구하는 이 사건 소는, 그 시설공사를 하는 데 필요한 증명자료를 소로써 구하는 것에 불과하고, 민법 제389조 제2항에서 규정하는 '채무가 법률행위를 목적으로 한 때에 채무자의 의사표시에 갈음할 재판을 청구하는 경우'에 해당한다고 볼 수 없으므로, 권리보호의 이익을 인정할 수 없어 부적법하다.

원고로서는, 피고가 토지사용승낙서의 작성을 거절하는 경우라도 위와 같은 진술을 소로써 구할 것이 아니라, 원고에게 이 사건 도로 중 이 사건 사용부분에 대하여 민법 제218조의 수도 등 시설권이 있다는 확인을 구하는 소 등을 제기하여 승소 판결을 받은 다음, 이를 이 사건 사용부분에 대한 원고의 사용권한을 증명하는 자료로 제출하여 성남시에 이 사건 급수공사의 시행을 신청하면 될 것이다.

그런데도 원심은 이를 간과한 채 곧바로 본안에 나아가 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 의사의 진술을 명하는 판결을 구하는 소의 소송요건에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

3. 그러므로 상고이유에 관한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문

과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김용덕

대법관 김 신

주 심 대법관 김소영

대법관 이기택